



A DISCRICIONARIEDADE E O DIREITO POLICIAL

Robervaldo Sena Palhano

Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Administrativas

2018

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor António Francisco de Sousa

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao criador dos céus e da terra, nosso Deus, a razão de todas as coisas, pela sua infinita misericórdia, pelo amparo e proteção em todos os momentos de nossas vidas.

Agradeço a minha esposa Ana Palhano e filha Sarah Palhano, ao meu lado em todos os momentos, me incentivando a prosseguir.

Ao amigo Mestrando Adilson Rodrigues, presteza na ajuda, a amizade é uma dádiva de Deus.

A amiga Mestra Fábria Maria, pela ajuda enriquecedora.

Ao meu orientador professor Dr. Antônio Francisco de Sousa, um exemplo de sabedoria e humildade, apoio imprescindível na concretização desta pesquisa.

À Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em me proporcionar novos conhecimentos.

Meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

A presente pesquisa propõe-se a investigar a discricionariedade policial nas diversas situações em que a força policial pode enfrentar nos casos concretos, analisando-a dentro do direito policial que faz parte do direito administrativo e tem a finalidade de regular a atividade policial, garantir a segurança pública, os direitos fundamentais e liberdade dos cidadãos. O Estado tem a seu favor o poder de polícia, instrumento de autoridade nas mediações de conflitos e prevenção, desta forma, garantindo a ordem pública. Dentre as características do poder de polícia há a discricionariedade que é esse poder dever reconhecido à polícia na melhor alternativa de ação nas decisões nos casos concretos em prol da sociedade, entretanto, essa margem de liberdade concedida à administração e à polícia é limitada pelo próprio ordenamento jurídico e princípios que regem a administração pública e o direito, para que não haja abuso e desvio de finalidade, abordamos em nossa pesquisa alguns casos concretos em que a polícia pode se defrontar, constituindo a discricionariedade uma necessidade da polícia que precisa reagir eficaz e adequadamente quando acionada, consciente que não há como o legislador prevêr todas essas situações, portanto, verificou-se a importância de uma margem de liberdade mais ampla, como parâmetro a oportunidade e conveniência, para que a polícia cumpra o seu dever e corresponda com os anseios da sociedade, garantindo assim a paz e segurança.

Palavra-chave: Estado – direito policial – poder de polícia – discricionariedade.

ABSTRACT

The present research aims to investigate the police discretion in the various situations in which the police force can face in concrete cases, analyzing it within the police law that is part of the administrative law and has the purpose of regulating police activity, public safety, fundamental rights and freedom of citizens. The State has in its favor the power of police, an instrument of authority in the mediation of conflicts and prevention, in this way, ensuring public order. Among the characteristics of police power there is the discretion that it is that power must be recognized to the police in the best alternative of action in the decisions in the concrete cases in favor of the society, however, this margin of freedom granted to the administration and to the police is limited by the own ordenamiento legal and principles governing public administration and law, so that there is no abuse and misuse of purpose, we addressed in our research some concrete cases in which the police may face, constituting the discretion a need of the police that needs to react effectively and the legislator foresees all these situations, therefore, the importance of a wider margin of freedom, as a parameter of opportunity and convenience, has been verified, so that the police do their duty and society, thus ensuring peace and security.

Keyword: Police state - police power - discretion

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	II
RESUMO	III
ABSTRACT	IV
SUMÁRIO	V
ABREVIATURAS.....	VI
INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I – A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	10
1. Poderes da Administração	10
1.1. Poder Vinculado	10
1.2. Poder Discricionário	11
1.3. Poder de Polícia.....	12
2. Limitações ao Poder Discricionário	15
2.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.....	15
2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público.....	16
2.3. Controle Judicial dos atos discricionários.....	16
3. A Discricionariedade Administrativa e os Princípios Gerais do Direito.....	18
4. Discricionariedade e Arbitrariedade	19
CAPÍTULO II – DIREITO POLICIAL.....	21
1.. Direito policial.....	21
1.1. Conceito de Polícia	21
1.2 Objeto do Direito Policial	23
2. A Discricionariedade e o Direito Policial	24
2.1. A Discricionariedade Policial no uso de armas de fogo	27
2.2. A Discricionariedade Policial nas abordagens	33
2.2.1. Busca pessoal	33
2.2.2. Princípios acerca da abordagem policial	35
2.2.2.1. Princípio da legalidade.....	35
2.2.2.2. Princípio da moralidade.....	36
2.2.2.3. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.....	37
2.2.3. Previsão legal da abordagem	37

2.4. Discrecionalidade policial no uso de algemas	38
2.4.1 Dados pessoais cadastrais bancários, telefônicos e internet	44
2.4.2 Banco de dados do Censo Escolar.....	45
2.5 A Discrecionalidade policial nas investigações criminais.....	46
2.6 A Discrecionalidade Policial nas reuniões e manifestações.....	47
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

ABREVIATURAS

Art. - Artigo

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CTN – Código Tributário Nacional

CF – Constituição Federal

CFB – Constituição Federal do Brasil

CRP – Constituição de República Portuguesa

CPP – Código Processual Penal

CPA – Código de Procedimento Administrativo

GLO – Garantia da Lei da Ordem

IMPO – Instrumento de Menor Potencial Ofensivo

ONU – Organização das Nações Unidas

INTRODUÇÃO

Propôs-se por meio deste trabalho adentrar em um tema muito relevante para o meio acadêmico, pesquisadores e o próprio direito em si. Discricionariedade e o Direito Policial, é o tema da nossa pesquisa, que necessita de um aprofundamento mais extenso, principalmente no ordenamento pátrio-jurídico. É um tema importante e pertinente por isso deve ser estudado e pesquisado.

O conjunto de agentes, serviços e órgãos instituídos pelo Estado com o objetivo de fazer a gestão de certas áreas de uma sociedade, chamamos de Administração Pública, representa também o conjunto de ações que compõem a função administrativa. Trabalha a favor do interesse público e dos interesses dos cidadãos que administra.

O Estado buscando almejar seus objetivos, é conferida pela ordem jurídica, um conjunto de prerrogativas, que são chamados de poderes administrativos, instrumentos de trabalho que se adequam às diferentes tarefas administrativa e que estão divididos em poderes: vinculado, discricionário, de polícia, regulamentar, hierárquico e disciplinar. A pesquisa em questão dará mais ênfase ao poder discricionário e de polícia.

Por haver impossibilidade do ordenamento jurídico prever todas as situações e condutas do agente administrativo, é facultado ao mesmo, certa margem de liberdade de escolha que melhor satisfaça a administração pública, e isso se chama poder discricionário. Entretanto, a discricionariedade administrativa é limitada pelo ordenamento jurídico e os princípios que regem a administração pública.

A liberdade que é conferida pela lei à administração pública deve ser observada para que não haja excesso, caso contrário, caracteriza arbitrariedade e desvio de poder.

O Estado tem a seu favor, como garantia dos direitos do cidadão, o poder de polícia, que faz parte da administração pública e tem como objetivo coibir todas as manifestações contrárias de particulares sobre o interesse coletivo. O Código Tributário Nacional (CTN) enfatiza o poder de polícia como um limite aos direitos e liberdade em razão do interesse público.

O Código Civil Brasileiro, conceitua Estado, como pessoa jurídica de Direito Público, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica. O Estado de Direito, é o Estado Jurídico organizado que também obedece às suas próprias leis.

A Constituição Federal do Brasil, prevê que a segurança pública é dever do Estado, cabendo a polícia como força pública, encarregada da execução das leis e regulamentos, a prevenção dos crimes, bem como a investigação e manutenção da ordem e paz social.

O Direito Policial integra o direito administrativo, que cumpre a sua finalidade de segurança pautada na legalidade. Está inserido em um conjunto de normas jurídicas que tem a finalidade de regular a atividade policial, garantir a segurança pública, os direitos fundamentais e liberdade dos cidadãos. As forças de ordem e segurança pública desempenham uma atividade *sui generis*, com peculiaridades e características próprias, que o faz ser diferente de todas as atividades administrativas.

Quando o policial sai a cada dia para cumprimento do seu ofício, ele não sabe exatamente o que o aguarda, e em muitos casos com o que ele se depara, requer uma decisão urgente, eficaz e adequada, necessitando usar de discricionariedade para cumprir da melhor maneira possível essas situações adversas. A discricionariedade emerge assim como um aspecto essencial e primordial no trabalho policial.

A presente pesquisa contempla dois capítulos, o primeiro capítulo é introdutório, faz menção à discricionariedade administrativa, trata dos poderes da administração, poder vinculado, poder discricionário e poder de polícia. No segundo tópico, apresenta as limitações ao poder discricionário. No terceiro e quarto tópico, aborda sobre a discricionariedade administrativa e os princípios gerais do direito e finalizamos tratando da discricionariedade e arbitrariedade.

No segundo capítulo, adentra-se com mais ênfase nos objetivos da pesquisa, inicia-se conceituando polícia, abordando sobre o objeto do direito policial, estabelecendo uma relação e exemplificando várias situações práticas em que a polícia poderá utilizar a discricionariedade em prol do bem comum e da ordem social.

Quanto à metodologia, o presente trabalho foi elaborado através de pesquisa bibliográfica que tem como principal fonte as publicações em legislação, livros, jurisprudência e artigos.

Por fim, encerra-se a reflexão deste estudo, abordando sobre a utilização da discricionariedade voltada essencialmente para o cumprimento dos objetivos dos interesses da sociedade, contribuindo e garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos. Reconhecendo a importância da discricionariedade dentro da ordem jurídica como fator imprescindível para que a polícia desempenhe o seu ofício. Sendo propósito da dissertação analisar a necessidade de uma liberdade mais ampla da polícia no cumprimento dos variados casos a ela apresentados.

CAPÍTULO I – A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1. Poderes da Administração

Para que o Estado possa alcançar seus fins, a ordem jurídica confere ao mesmo um conjunto de prerrogativas de direito público. Essas prerrogativas são os chamados poderes administrativos, que são instrumentos de trabalho que se adequam às diversas tarefas administrativas, se apresentam diversificados levando em consideração as exigências que há no serviço público, e o interesse da coletividade.

Os poderes administrativos são estruturais, que diferenciam dos poderes políticos, que são destinados à concretização das atividades públicas e são exercidos pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo, desempenhando suas funções constitucionais. Há muitas divergências doutrinárias nas formas de classificação dos poderes administrativos. Estes estão divididos em poder vinculado; poder discricionário, poder de polícia; poder regulamentar; poder hierárquico e poder disciplinar.

Consoante a liberdade que rege a administração referente aos seus atos, encontram-se os poderes vinculado e poder discricionário, os quais serão estudados em seguida juntamente com o poder de polícia. Esses três poderes serão referenciados por interessarem diretamente à pesquisa.

Ensina Hely Lopes Meirelles, que “poder administrativo, como sendo uma atribuição à autoridade para remover os interesses particulares que opõe ao interesse público, o poder de agir se converte em dever de agir, assim o Direito Público é uma imposição, um dever para o agente, não sendo admitida a omissão”.¹

1.1. Poder vinculado

Poder vinculado, também denominado de “poder regrado”, advém da própria lei que confere a Administração Pública competência para a prática dos seus atos, ou seja, o administrador só faz o que está previsto na lei, não há margem de liberdade e nem vontade para o agente escolher a forma de executar seus atos, diferentemente do poder discricionário onde há esta liberdade.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes: Direito Administrativo Brasileiro, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105 e 116.

Conforme Hely Lopes Meirelles, “nesses atos, a norma legal condiciona sua expedição aos dados constantes de seu texto. Daí se dizer que tais atos são vinculados ou regrados, significando que, na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações”.²

O princípio da legalidade é um princípio norteador para aplicação das leis e dispositivos. Para o cidadão significa liberdade, ou seja, ele pode fazer tudo aquilo que não está proibido em lei, mas para a Administração significa restrição. A lei cria direitos, deveres e impedimentos, estando todos dependentes da lei que deve ser obedecida e respeitada. Representando também o princípio da legalidade uma garantia para os cidadãos contra os abusos de poder cometidos por indivíduos e pelo Estado.

O controle judicial exerce um poder de fiscalização sobre os atos administrativos onde há uma significativa importância pelo Judiciário, pois sem esse controle, de nada adiantaria a submissão da Administração Pública à lei. Explica José dos Santos Carvalho Filho: “todos os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, e esse é o natural corolário da legalidade.

Em relação aos atos vinculados, não há dúvidas de que o controle de legalidade a cargo do judiciário terá muito mais efetividade. Com efeito, se todos os elementos do ato têm previsão na lei, bastará, para o controle da legalidade, o confronto entre o ato e a lei. Havendo adequação entre ambos, o ato será válido; se não houver, haverá vício de legalidade”.³

1.2. Poder discricionário

Os atos do administrador público são sempre baseados e estabelecidos pela lei, porém em algumas situações, requer do administrador uma atitude e decisão que melhor atenda o interesse público.

O ordenamento jurídico não prevê todas as atitudes e condutas do agente em determinadas situações, mas é facultado ao mesmo a liberdade de escolha baseada na sua conveniência, oportunidade e conteúdo, que são elementos basilares do poder discricionário. Por conveniência (elemento objeto), compreende-se que o ato a ser praticado pelo agente

² MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p. 49.

cumpra o interesse público, sendo que oportunidade (elemento motivo), é quando o ato é praticado no momento adequado.

Segundo Antônio Francisco de Sousa:

O poder discricionário, consiste numa liberdade de escolha entre alternativas de decisão atribuídas por lei à autoridade administrativa para após justa e adequada ponderação de todas elas, segundo critérios juridicamente válidos, adoptar aquela que se lhe apresente como a que melhor satisfaz os interesses públicos (interno e externo) presentes. Trata-se, pois, importar sublinha-lo, de uma “liberdade de escolha”, não por ausência de lei ou à margem da lei, mas por atribuição da lei, ou seja, por vontade positiva da lei, para a realização da justiça no caso concreto.⁴

Bandeira de Mello, assim conceitua discricionariedade:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para situação vertente ⁵

Portanto, compreende-se que a discricionariedade é a prerrogativa legal, pois a lei assim reconhece, cedida à Administração Pública de liberdade para uma escolha da melhor solução para o cumprimento dos fins da administração. Esta liberdade de atuação está subordinada aos parâmetros da lei, significando que o administrador deve ter competência legal para praticar o ato, obedecendo a forma legal e atendendo a finalidade.

É necessário compreender que a discricionariedade conferida à Administração Pública, está relacionada à liberdade dentro dos limites da lei; não se confunde com ato arbitrário, que é ilegítimo e inválido.

1.3. Poder de polícia

Para garantia dos direitos do cidadão o Estado tem a seu favor o poder de polícia, instrumento da autoridade do Estado nas mediações de conflitos e prevenção, assim, garantindo a ordem pública. Ele faz parte de toda Administração Pública, objetivando coibir toda as manifestações contrárias de particulares sobre os interesses coletivos. Hely Lopes Meireles,

⁴ SOUSA, Antônio Francisco de, Direito Administrativo em Geral 4ª ed. Porto: FDUP, 2001, p. 312.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Discricionariedade e Controle Judicial. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

aduz que “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.⁶

Importante enunciar a regra do ordenamento jurídico brasileiro prevista no art. 78 do Código Tributário Nacional, (CTN):

Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.⁷

O Código Tributário em questão, enfatiza o poder de polícia como um limite aos direitos e liberdade, em razão do interesse público. O poder de polícia tem como características a discricionariedade - o qual já foi estudado nessa pesquisa. A vincularidade, ou seja, a Administração pratica atos prescritos em lei, cita-se como exemplo, a expedição de alvará de licença. Tem-se também como característica do poder de polícia a auto executoriedade, a administração não precisa de autorização do Poder Judiciário para praticar seus atos, ela pode, por exemplo, apreender mercadorias. Se o particular se sentir privado em seus direitos, poderá recorrer ao Judiciário que intervirá corrigindo as possíveis ilegalidades.

Outras característica do poder de polícia são a indelegabilidade, que é atividade típica do Estado e somente ele pode exercer.⁸ e a coercibilidade, que é uma medida impositiva ao particular adotada pela Administração. Todo ato de polícia é imperativo. Quando resistido pelo particular, poderá ser empregado o uso da força para o seu cumprimento, entretanto, não significa que poderá haver exagero nas atitudes ou violência desnecessária, caracterizando excesso e abuso de autoridade.

⁶ MEIRELES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 133.

⁷ Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui Normas Gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estado e Municípios.

⁸ O Supremo Tribunal Federal – STF, decidiu no julgamento da ADIN 1.717/DF, que o poder de polícia não pode ser delegado a entidade privada. O art. 4º inciso III, da lei nº 11.079/04, estabelece as diretrizes gerais das parcerias público-privadas. Entre as diretrizes estabelecidas está a indelegabilidade das funções de regular, jurisdicional do exercício do poder de polícia e de outras atividades que são exclusivas do Estado.

O interesse social é a razão do poder de polícia, fundamentada na supremacia que o Estado exerce sobre a coletividade, amparado na Constituição e normas de ordem pública que limita as liberdades contra os abusos do direito individual. Toda atividade e conduta que possa prejudicar o interesse da coletividade, fica passivo a sujeitar-se ao poder de polícia preventivamente ou repressivamente.

O interesse social e a prevalência dos direitos fundamentais prescritos no art. 5º da Constituição Federal do Brasil, CFB/88, demarca os limites do poder de polícia. Este encontra-se dividido pela doutrina em Polícia Administrativa e Polícia Judiciária. Esta incide sobre bens e direitos, inicia e se completa no âmbito da função administrativa e a Polícia Judiciária age sobre pessoas e prepara a atuação da função jurisdicional penal.

O art.4º do Código de Processo penal do Brasil, prescreve que:

A Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único - A competência definida neste artigo não excluirá a da autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função⁹

De acordo com Mello:

Costuma-se, mesmo, afirmar que se distingue a polícia administrativa da polícia judiciária com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo – o da polícia de segurança – que cumularia funções próprias da polícia administrativa com a função de reprimir a atividade dos delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo, em oposição ao preventivo, tipificador da polícia administrativa.¹⁰

A polícia administrativa, também pode atuar, dependendo de alguns casos concretos como repressiva, por exemplo: quando ocorre uma apreensão de mercadorias ilegal. A polícia judiciária é essencialmente repressiva, age na apuração da infração penal.

⁹ Código de Processo Penal do Brasil, Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Redação dada pela lei nº 9.043, de 09 de maio de 1995.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. Editores, 2009. P. 826.

2. Limitações ao poder discricionário

Como já visto nesse estudo, a lei confere à Administração Pública, a discricionariedade, que permite à mesma, praticar atos com liberdade de escolha, ou seja, o agente público escolhe a melhor maneira para a prática do ato baseado na conveniência e oportunidade que permite à Administração Pública cumprir os seus objetivos. A discricionariedade administrativa é limitada pelo ordenamento jurídico (limites externos) e os princípios que regem a Administração Pública (limites internos).

Segundo Antônio Francisco de Sousa:

O fato da discricionariedade se situar no plano da legalidade e do direito implica que a atribuição do poder discricionário é sempre acompanhada de limites normativos, internos e externos, ainda que de forma implícita, bem como de um escopo ou fim cuja prossecução o órgão que a vai exercer fica vinculado.¹¹

Prosseguindo nesse tópico, limitações ao poder discricionário, se faz necessário abordar dois princípios fundamentais no regime jurídico administrativo, que é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

2.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado significa que os interesses sociais e da coletividade prevalece sobre o interesse particular, em consequência, a Administração se comporta em situação de vantagem nos relacionamentos com os particulares.

Matheus Carvalho, apud, Marcos Bittencourt, enfatiza: “O princípio da supremacia do interesse público atribui um status especial ao Estado frente ao particular, razão pela qual, inclusive, vige a presunção de legalidade dos atos praticados pelas entidades do Estado”¹²

O indivíduo não é o destinatário da atividade administrativa e sim a coletividade o grupo social, razão da primazia do interesse público, e neste relacionamento entre Estado e particular, o agente público não pode burlar os preceitos legais no intuito de favorecer

¹¹ SOUSA, Antônio Francisco de, *Direito Administrativo em Geral*, 4ª ed. Porto: FDUP, 2001, p. 299.

¹² CARVALHO, Matheus, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed. rev. ampl e atual. Salvador, Jus Podivm, 2017. p. 62.

determinado particular, caracterizando desvio de finalidade. O ordenamento jurídico do Brasil enquadra esses procedimentos como improbidade administrativa.

2.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público

Convém ressaltar que os bens e os interesses públicos não pertencem à Administração Pública e nem aos seus gestores e sim à coletividade, titular do interesse público, onde abrange o patrimônio público, os direitos e interesses da coletividade, desta forma, os bens são indisponíveis.

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

O princípio da indisponibilidade é um dos pilares do denominado regime jurídico-administrativo (o outro é o princípio da supremacia do interesse público) dele derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa. Tais restrições decorrem exatamente, do fato de não ser a Administração Pública “dona” da coisa pública, e sim gestora de bens e interesses alheios (públicos, isto é do povo).¹³

A lei confere à Administração Pública poderes que não pode ser renunciado, como já enfatizado, o titular do interesse público é a coletividade, e somente mediante lei poderá haver renúncia ou disponibilidade. O interesse público não está adstrito à vontade do administrador, que vai da melhor maneira possível gerir os bens.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, relaciona-se com outros princípios, imprescindíveis à Administração Pública, como: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. De acordo com Diógenes Gasparini, “o princípio da indisponibilidade do interesse público, não se acham os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos”.¹⁴ Ele limita a atuação dos administradores e em consequência visa impedir quaisquer intenções de privilégios a particulares.

2.3. Controle Judicial dos atos discricionários

Todos os atos administrativos estão passíveis de apreciação por parte do poder judiciário, que visa garantir a boa atuação discricionária, pois cabe a ele a função de interpretar

¹³ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 25ª ed. ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2017, p. 229.

¹⁴ GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

e definir o alcance da norma, isso se faz necessário quando os atos praticados não atendem os interesses coletivos da sociedade ou se houver vício de legalidade.

A discricionariedade que a lei atribui à Administração não é absoluta, ou seja, tem limitações, não pode haver excessos nos procedimentos, não devem ser praticados sem critérios e coerência. Ela é relativa, praticada pelo agente de forma adequada, em harmonia e observância com as leis e princípios. Quando o ato é praticado sem observância da opção mais adequada poderá sofrer interferência e ser passível de controle pelo poder judiciário.

Os atos discricionários podem sofrer controle judicial, no entanto é necessário compreender que o juiz não pode substituir a discricionariedade que a lei confere ao administrador, invalidando atos técnicos por outros considerados mais convenientes ou oportunos.

Segundo ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não cabe ao magistrado substituir os valores morais da Administração Pública pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestadamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz.¹⁵

Por haver impossibilidade ao legislador prever todas as situações concernentes a atos que o administrador deva praticar diante de determinados casos concretos, é justificado e admissível pela lei os atos discricionários, como já referido linhas anteriores, estes atos são sempre praticados observando a conveniência, que é quando o ato a ser praticado pelo agente cumpre o interesse público, e a oportunidade, que é quando o ato é praticado no momento adequado.

Os princípios gerais do Direito e as regras da boa administração, impõe limitações aos atos discricionários, pois não poderá haver desvios de finalidade, sob pena de não ser reconhecidos pela própria Administração ou poder judiciário. Portanto, o ato discricionário, está passível à apreciação judicial que poderá declarar a sua legitimidade, como parâmetro a lei e os princípios jurídicos.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 226.

3. A Discricionariedade administrativa e os princípios constitucionais e gerais do Direito, Portugal e Brasil

O poder vinculado e o poder discricionário possibilitam ao administrador condições para o cumprimento dos fins almejados pela Administração e garantindo, desta forma, o bem-estar social da coletividade.

Largamente já estudado pela vasta doutrina e inserido no ordenamento jurídico de vários países devido a importância que representa como valores sociais e fonte do próprio sistema normativo, os Princípios Constitucionais e Gerais do Direito exercem uma função imprescindível na Administração Pública, condicionando ao agente critérios orientadores nas decisões na escolha dos atos administrativos não só em conformidade com as leis, mas ao próprio direito.

Tratar-se-á inicialmente dos Princípios Constitucionais e Gerais do Direito no ordenamento jurídico de Portugal e posteriormente do Brasil.

O artigo 266º, incisos 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, CRP, assevera que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses protegidos dos cidadãos.

Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

O artigo 22º, CRP, trata do Princípio da Responsabilidade.

O Código de Procedimento Administrativo – CPA (Decreto-Lei nº 4/2015, 7 de Jan), é regido pelos Princípios da Boa Administração, da colaboração com os particulares, da Participação, da Decisão, da Gratuitidade, da Administração Aberta, da Protecção dos Dados Pessoais, da Cooperação Leal com a União Europeia, e pelos Princípios aplicáveis à Administração Eletrônica.

Os Princípios previstos na Constituição Federal do Brasil – CFB, encontram-se de forma expressa e outros implícitos, reconhecidos no sistema jurídico. Os princípios expressos estão previstos no art. 37 da CFB, os quais são: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Explicita Alexandre Guimarães Gavião Pinto:

O mais importante dos Princípios da Administração Pública, por ser vetor basilar do regime jurídico-administrativo, é o Princípio da legalidade. Destaque-se que todos os

demais decorrem de princípio em análise, que se revela essencial num Estado Democrático de Direito, regime político que visa estabelecer um razoável equilíbrio entre os direitos da pessoa, e os direitos da sociedade, entre a liberdade e a soberania, através do qual o povo se governa a si mesmo, quer diretamente, quer por meio de representantes eleitos para gerir os negócios públicos e elaborar as leis.¹⁶

Os princípios reconhecidos, embora não estejam explícitos no texto constitucional, são tidos como fundamentais e aceitos na consolidação dos fenômenos jurídicos: Princípio da Supremacia do Interesse Público, Autotutela, Indisponibilidade, Licitação, Continuidade dos Serviços Públicos, Reserva do Possível, Razoabilidade, Proporcionalidade e Motivação.

Constata-se a importância dos princípios na Administração Pública, para que a mesma possa cumprir de maneira eficiente e transparente os fins almejados, desta forma o interesse público, principal motivo. Portanto, Administração Pública atua em observância da lei, de acordo com o direito e os princípios como limites à discricionariedade.

No seu mister, Antônio Francisco de Sousa, aduz que:

O acto administrativo – como acto de concretização do Direito – deve ser conforme às normas jurídica que concretiza ou executa. Por outro lado, o acto administrativo deve estar em consonância com todas as normas e princípios jurídicos aplicáveis, inclusivamente os decorrentes da constituição (Princípio da Primazia ou Primado da Constituição).¹⁷

4. Discricionariedade e arbitrariedade

A lei confere à Administração Pública para que a mesma possa cumprir com os objetivos, determinadas prerrogativas, conforme já visto nesse estudo, entre essas prerrogativas há o poder discricionário, que faculta ao agente público liberdade de ação nos atos a serem praticados levando em consideração a conveniência e a oportunidade, que devem ser cumpridos da melhor forma aos interesses coletivos.

A liberdade conferida pela lei ao agente público é limitada e se não for observada esta limitação, caracteriza arbitrariedade. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles:

Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto. Daí a justa observação de Mayer de que: “La regla de

¹⁶ GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães, Rev. EMERJ, v. 11 nº 42, 2008, p. 133.

¹⁷ SOUSA, Antônio Francisco de, Direito Administrativo em Geral, 4ª ed. Porto: FDUP, 2001, p. 549.

Derecho no puede ser violada por disposición de policía; ésta no puede autorizar lo que dicha regla prohíbe ni prohibir lo que ella permite.¹⁸

Seguindo o mesmo entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarece que:

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação do interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.¹⁹

A arbitrariedade pode se manifestar tanto nos atos discricionários como também nos atos vinculativos. A arbitrariedade, diferentemente da discricionariedade, o agente público pratica atos com desvios de finalidade, com abusos e não obedecendo os limites da lei, e é justamente esta característica que diferencia da discricionariedade. No Estado de direito, a Administração Pública, deve pautar todos os seus atos em referências e obediências às leis, mesmo nos atos discricionários.

O poder administrativo, facultado ao administrador público é limitado na sua prática, não significa que pode haver arbitrariedade e desvio de poder. O desvio de finalidade e o abuso de poder, são sempre ilícitos. Hely Lopes Meirelles, apud Ripert, afirma:

A teoria do abuso do poder, foi inteiramente inspirada na moral e a sua penetração no domínio jurídico obedeceu a propósito determinado. Trata-se, com efeito, de desarmar o pretenso titular de um direito subjetivo e, por conseguinte, de encarar de modo diverso direitos objetivamente iguais, pronunciando uma espécie de caducidade contra o direito que tiver sido imoralmente exercido. O problema não é, pois, de reponsabilidade civil, mas de moralidade no exercício dos direitos.²⁰

¹⁸ MEIRELES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 139. Apud Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, trad, Buenos Aires, Depalma, 1950, II/59.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 426.

²⁰ Georges Ripert, La Règle Morale dans les Obligations Civiles, Paris, 1937, p. 163.

CAPÍTULO II – DIREITO POLICIAL

1. Direito Policial

1.1. Conceito de polícia

Se faz necessário para que se possa situar e compreender melhor o conceito de polícia, falar do “Estado”²¹. O conceito de Estado varia segundo o sentido a ser enfocado, no sentido de sociedade política com poderes de soberania ocupada dentro de uma área territorial delimitada, com o objetivo de governar um povo. O Código Civil Brasileiro,²² conceitua Estado, como pessoa jurídica de Direito Público, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica. O Estado de Direito, é o Estado juridicamente organizado que também obedece às suas próprias leis.

Devido a indeterminação e diversificação histórica do termo “polícia”, constitui uma tarefa não muito fácil conceituá-la. Marcello Caetano definiu polícia como: “o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em interferir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir”.²³

A palavra polícia é oriunda do latim *politia* e do grego *politeia*, relacionada ao termo política e a polis, significava na Grécia antiga cidade, povo...

Quando se trata de evolução da polícia, os egípcios e os hebreus deram parcelas de contribuições muito importantes, foram os primeiros povos a incluírem atividades policiais em suas legislações. Em Roma (63 a.C a 14 d.C), sob o domínio do Imperador Augusto, a polícia começa a se organizar, e prosseguindo até o surgimento do sistema anglo-saxão de organização policial, na Inglaterra.

O professor Antônio Francisco de Sousa, no seu mister, explicita que:

A indeterminação e plurissignificação histórica do termo polícia está na origem do seu emprego atual nos mais diversos sentidos: material ou funcional e formal, estático

²¹ A denominação de Estado tem origem no latim “status”, que significa modo de estar, situação, condição etc. aparece pela primeira vez em “O príncipe”, livro escrito por Nicolau Maquiavel em 1.513, cuja primeira edição foi publicada postumamente em 1.532.

²² Art. 41, nº 2, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

²³ CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, vol. III, Almedina, p. 1151.

e dinâmico, técnico e corrente, orgânico ou institucional, amplo e restrito, tradicional ou clássico e moderno.²⁴

No sentido amplo de polícia, compreende-se a regulação de uma liberdade ou atividade, visando a salvaguarda da ordem coletiva ou do bem comum. Quando a polícia age nesse sentido, age com respaldo e garantia da lei que regula as atividades e liberdades exemplificando, as autorizações e proibições de certas atividades.

Em sentido restrito, entende-se às forças de ordem e segurança pública.

Sob o ponto de vista formal do conceito de polícia, corresponde as atividades exercidas pela polícia no sentido institucional, ou seja, se faz necessário saber quais autoridades devem ser consideradas policiais.

Em sentido material, está relacionada aos fundamentos do desenvolvimento das operações policiais, diz respeito à sua finalidade, tendo-se a preocupação de identificar quais instituições estatais desempenham atividades policiais.

Em sentido tradicional, leva ao entendimento de restrição e de poder de autoridade.

Em sentido clássico, limita e regula as atividades dos particulares, de proteção da ordem jurídica. O Estado exerce os poderes coercitivos sobre as atividades do cidadão.

Em sentido moderno, o conceito de polícia relaciona-se a prevenção do perigo para ordem e segurança pública.²⁵ Lincoln D'Aquino Filocre salienta, “o termo polícia em sentido moderno é consideravelmente mais restrito na medida em que mais associado à noção de prevenção de perigo e, portanto, sem amplitude da concepção clássica de ordem pública”.²⁶

José Cretella Júnior leciona que:

Polícia pode ser vista, sob três aspectos, num primeiro sentido, polícia é o sinônimo de regras de polícia, conjunto de normas impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal diária, seja no exercício de atividade específica. Desse modo, toda regra de direito poderá ser compensada como regra de polícia, no sentido amplo do termo. Num segundo sentido, denomina-se ainda polícia o conjunto de atos de execução dos regulamentos assim feitos, bem como das leis. Nesta segunda acepção é que se distingue, como veremos a polícia administrativa da polícia judiciária. Num terceiro sentido, polícia é o nome que se reserva à força pública, encarregada da execução das leis e regulamentos, isto é, aos agentes públicos.²⁷

²⁴ SOUSA, Antônio Francisco de. Manual de Direito Policial: Direito da ordem e segurança pública. Porto, Ed. Vida Econômica, Porto, 2016, p.42.

²⁵ SOUSA, Antônio Francisco de. Manual de Direito Policial: Direito da ordem e segurança pública Porto, Editora Vida Econômica, Porto, 2016, pp.43 e 44.

²⁶ FILOCRE, Lincoln D'Aquino, Direito Policial Moderno, Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Almedina: São Paulo, 2017, p. 21.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, José, Manual de Direito Administrativo, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1992. p.525.

Diversos são os significados e as definições de polícia, o que faz haver divergências doutrinárias. Entretanto, a polícia exerce um papel importante na preservação da ordem pública, por meio de medidas preventivas, coativas, afastando as ameaças aos direitos e à liberdade, neste cerne, o Estado, a Administração Pública precisa contar com normas e leis que restringem determinadas atividades que ameaçam a paz social e concomitantemente, essas normas e leis devem se estender à polícia, para que a mesma não cometa atos arbitrários, afastando-os completamente dos seus objetivos.

Como exemplo, cita-se o que está ocorrendo atualmente na cidade do Rio de Janeiro, com a intervenção militar das Forças Armadas, a Constituição Federal do Brasil/88, regula as Operações de Garantia da Lei da Ordem, (GLO),²⁸ por ordem expressa do Presidente da República, em situações de graves perturbação da ordem, são conduzidas pelas Forças Armadas, entretanto, faltam leis infraconstitucional que regulam e amparam atitudes dos militares em determinadas situações práticas, prevalecendo a insegurança e receio nas decisões e nos atos, onde o militar fica exposto motivado pela carência de leis como já dito.

1.2. Objeto do direito policial

Direito policial é parte integrante do Direito Administrativo, que cumpre a sua finalidade de segurança pautada na legalidade, com regulamentos e leis que dá legitimidade a sua organização e suas atividades. Convém ressaltar que há diferenças conceituais e entendimentos, entre direito policial e direito da polícia que enquanto instituição está inserida no direito policial. Segundo o professor Antônio Francisco de Sousa, “O Direito Policial encontra-se num campo de tensão entre o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Penal e o Processual”.²⁹

O Direito Policial está inserido em um conjunto de normas jurídicas que tem a finalidade de regular a atividade policial, garantir a segurança pública, os direitos fundamentais e liberdade dos cidadãos. O professor Antônio Francisco de Sousa, acrescenta que:

O direito policial é um dos mais antigos, dos mais ricos e dos mais importantes ramos do direito público moderno, com tantas e tão relevantes implicações na efetivação do

²⁸ GLO, art. 142, Constituição Federal do Brasil, Leis Complementares 97/99, 117/04 e 36/10, e Decreto 3897/99.

²⁹ SOUSA, Antônio Francisco de. Manual de Direito Policial, Direito da Ordem e Segurança Pública. Porto, Ed. Vida Econômica, 2016, p. 32.

Estado de direito e dos direitos fundamentais, tenha sido simultaneamente, ao longo de tantos anos, generalizadamente esquecido pela doutrina jurídica.³⁰

2. A discricionariedade e o direito policial

Apesar de integrarem a Administração pública, as forças de ordem e segurança pública desempenham uma atividade *sui generis*, ou seja, com peculiaridades e características próprias que o faz ser diferente de todas as atividades administrativas.

Preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

A discricionariedade está presente em grande parte das medidas de polícia, mas nem sempre isso acontece, por vezes a lei deixa uma margem de liberdade de apreciação quanto a certos elementos, a exemplo do motivo ou objeto, mesmo porque não pode o legislador prever todas hipóteses de atuação de polícia. O que leva a Administração a ter que decidir, os casos concretos, o melhor momento, o meio mais adequado, a sanção cabível, em tais circunstâncias, e nesses casos o poder de polícia será discricionário. Já em outras hipóteses a lei estabelece desde logo, que frente a certos requisitos, terá a Administração que adotar uma solução já estabelecida anteriormente na lei, sem essa possibilidade de opção, e, nesses casos o poder será vinculado³¹

Partindo da premissa que não há polícia sem lei ou à margem dela e que as diversas atividades enfrentadas pela polícia, impedem que as leis prevejam todas as situações que requerem uma decisão, uma resposta eficaz, adequada e, dependendo do caso concreto, uma resposta urgente, justamente pensando nesta questão, o legislador facultou a polícia certa margem de liberdade ou discricionariedade.³²

As forças de segurança atuam na legalidade e com certa margem de liberdade em cumprimento à lei e aos princípios gerais do direito. Parte da doutrina questiona a amplitude dessa liberdade alicerçadas em três teses:

- “Tese mista”, prevalece o domínio da discricionariedade na presença do perigo, em observância ao princípio da legalidade.

³⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. Manual de Direito Policial, Direito da Ordem e Segurança Pública. Porto, Ed. Vida Econômica, 2016, p. 34.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1991. p. 97, 98.

³² “A generalidade da doutrina retira a discricionariedade policial da necessidade que, por vezes, a polícia tem de reagir com flexibilidade às circunstâncias do caso concreto. A mutabilidade e a imprevisibilidade das circunstâncias do dia a dia e a necessidade de uma atuação adequada e eficaz impedem e desaconselham que o legislador regule de forma genérica e abstrata todas as situações. Naquilo que o não possa ou não deva fazer, o legislador deverá deixar à autoridade policial o poder de decidir face ao caso concreto, procurando a solução justa”. (SOUSA, Antônio Francisco de. Manual de Direito Policial, Direito da Ordem e Segurança Públicas. Ed. Vida Econômica: Porto-Portugal, 2016, p.419.)

- “Tese negatória da discricionariedade”, não reconhecem a discricionariedade no exercício da atividade policial, pois segundo defendem, criaria um poder policial de limites incontroláveis e incompatíveis como os princípios do Estado de direito.
- “Tese mista reelaborada”, reconhece a importância da discricionariedade na atuação da polícia na prevenção do crime.³³ O professor Antônio Francisco de Sousa, enfatiza: “a questão fundamental que se coloca em sede de discricionariedade policial não é a de saber se existe uma discricionariedade policial, mas qual a sua dimensão no caso concreto”.³⁴

A discricionariedade emerge assim como um aspecto essencial no trabalho policial. A polícia está a todo tempo aplicando a lei em suas atividades, principalmente no controle do crime, e isso faz, por exemplo, que ela decida qual o ato mais adequado a ser praticado quando acionada.

A discricionariedade é praticada tanto por policiais individualmente no seu ofício ou pela organização policial, que toma constantemente decisões discricionárias, cita-se por exemplo, quando faz uma escala de serviço, quando transfere policiais, quando elogia ou pune policiais, quando dispensa do expediente.

Em um ato policial, uma decisão é discricionária quando a polícia detém o poder de executá-la, sendo extremamente importante a decisão a ser tomada, pois dependendo do caso concreto, o fator tempo pode não ajudar, necessitando de uma decisão urgente, por exemplo, quando a vítima corre risco de vida em poder de sequestradores.³⁵ A discricionariedade policial é mais ampla de outros poderes administrativos em consequência da variedade de situações à qual a polícia deve atender.³⁶

³³ SOUSA, Antônio Francisco de. Manual de Direito Policial, Direito da Ordem e Segurança Pública. Porto, Ed. Vida Econômica, 2016, p. 413, 414.

³⁴ SOUSA, Antônio Francisco de. Discricionariedade na actuação policial. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Reuniões e Manifestações actuação policial. Coimbra: Almedina, 2009, p. 215.

³⁵ MUNIZ, Jacqueline, em seu artigo Discricionariedade Policial e a Aplicação Seletiva da lei na Democracia, apud. Klockars, Carl G. The Idea of Police London, Sage Publications, (1985, p. 119). Cita a nota 1 do seu capítulo. Selective Enforcement as considerações de Albert J. Reiss sobre a natureza da discricionariedade policial. Reiss enfatiza que uma decisão é discricional não apenas porque se tem o poder de toma-la, mas principalmente porque este tipo de decisão não está aberta a revisão legal ou prática em tempo real. Como também salientaram e Bittner (1990), Skolnick (1994) e Muniz e Proença Jr (2006) as decisões policiais discricionárias, em sua maioria, são apenas revistas pelos próprios policiais.

³⁶ “O reconhecimento de um poder discricional exercitável nas limitações à liberdade não possui autorização para proceder a limitações absolutas, e apreciação das circunstâncias de tempo ou de lugar exigida pelo exercício da discricionariedade deve estar conferida à autoridade competente, atribuição que confere à autoridade policial a eleição de quando e como intervir, bem como o meio a utilizar em cada caso. SADDY, André, Discricionariedade Policial, Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 24.

José Maria Rico, “assevera que, perante a atuação policial, não se está diante de uma discricionariedade no sentido técnico-jurídico, mas diante de um vocábulo empregado em sua acepção mais comum”^{37 38}

O objetivo da polícia especificamente está no controle em decorrência do não cumprimento da ordem. Este controle é realizado através de ações com os fins de impedir essas práticas que produzem danos e consequentemente evitando essa amplitude. Assim, a discricionariedade policial é de fundamental importância para que a ordem jurídica seja estabelecida e aplicada quando se fizer necessário, aos que se recusam a esta pretensão.

De acordo com Eduardo Faria Fernandes, “por conta das dificuldades inerentes ao trabalho da polícia, a doutrina clássica defende que para cumprir o seu dever o policial necessita de um grau de liberdade que lhe permita decidir transitando dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico”.³⁹ Ainda prossegue o mesmo autor:

Discricionariedade Policial, é justamente esse poder dever reconhecido ao agente de polícia para escolher entre os possíveis cursos alternativos de ação. Diz respeito, portanto, às decisões tomadas por policiais em relação ao exercício de sua função de impor o cumprimento da lei.⁴⁰

Pela natureza da atividade policial que exige uma certa margem de liberdade que se processa no poder discricionário, o professor Antônio Francisco de Sousa, apud, Marcello Caetano expõe que:

Nunca foi possível cingir completamente a polícia na legalidade, reduzi-la a mera actividade executora da lei nos precisos termos por esta regulados. Embora no Direito moderno os poderes de polícia, como as autoridades que os exercem estarem permanentemente em face das manifestações multímodas das condutas individuais e da vida social em tantos casos imprevisíveis senão na forma, pelo menos quanto ao lugar, tempo e modo de produção, força a deixar-lhes uma certa margem de liberdade de actuação. Sem essa discricionariedade perder-se-ia muitas vezes a oportunidade de

³⁷ André Saddy apud José Maria Rico: Afirma que a discricionariedade policial é “cualquier toma de decisión que no está estrictamente regida por reglas legales sino que contiene más bien um elemento significativo de juicio personal”. Enfatiza que essa se ver acrescida de um importante elemento que é o juízo pessoal na adoção de decisões, poder que estaria justificado, mas não isento de limitações. A aceitação de uma “discricionariedade” pelo autor, não exclui que este observe duas consequências negativas: (a) a de acarretar a desigualdade de tratamento, já que não todos os policiais atuaram de igual maneira em idênticas circunstâncias, recordando nesse sentido que investigações efetuadas nos Estados Unidos da América mostraram a realidade de um trato discriminatório e diferente aos negros, as classes menos privilegiadas e a grupos de adolescentes; e (b) a dos excessos e erros cometido na atualização do poder discricional “el hecho de ser poseedor de um poder legal casi absoluto y de um poder real extensible a voluntad.

³⁸ SADDY, André, Discricionariedade Policial, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 27.

³⁹ SADDY, André, FARIA, Eduardo Fernandes, Discricionariedade Policial, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016, p. 139.

⁴⁰ Idem.

intervir e não se alcançaria a utilidade de intervenção. Conclui: A polícia ficou, pois, sempre a ser um sector só parcialmente controlado pela lei.⁴¹

Há domínios que se reconhecem a necessidade de um poder discricionário aos agentes de polícia, principalmente as medidas de prevenção do perigo e as operações consideradas de risco.

Na sequência do estudo são apresentadas algumas situações defrontadas pela polícia no exercício de suas atividades que remete a uma reflexão da importância da discricionariedade para que a mesma cumpra com cautela e prudência os casos concretos quando acionada.

2.1. Discricionariedade Policial no uso da força e das armas de fogo

O respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e a preservação da ordem pública, faz parte do Estado democrático de Direito. A segurança pública é de responsabilidade do Estado, cabendo diretamente as forças policiais esta tarefa de zelar pela manutenção da lei, da ordem pública e paz social.

A Constituição Federal do Brasil, garante ao cidadão, entre outras, a livre manifestação do pensamento, a livre locomoção, e reunir-se pacificamente, entretanto, quando há um abuso, uma violação dessas garantias, comprometendo a ordem, o respeito e a paz social, faz-se necessária a intervenção das forças policiais, utilizando se preciso for em determinadas situações o uso da força e da arma de fogo.

No seu mister, com suas características e peculiaridades próprias, a força policial, dependendo da situação pode fazer uso da arma de fogo. O Regulamento de Fiscalização de Produtos Controlados pelo Exército, no seu art. 3º, nº XIII, assim conceitua arma de fogo:

Arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil.⁴²

O Estado Constitucional não impede a coação pelas forças policiais, sendo essencial para preservação e restauração da ordem pública. Dependendo do caso concreto, a coação direta torna-se necessária quando todos os atos e recursos foram esgotados.

⁴¹ SOUSA, Antônio Francisco de. A Polícia no Estado de Direito. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 52, apud, CAETANO, vol. II, p. 1124.

⁴² Regulamento de Fiscalização de Produtos Controlados pelo Exército, Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000.

Aduz Lincoln D'Aquino Filocre:

Certo é que, para desempenhar a sua função, a polícia de segurança pública pode e, a depender da situação concreta, deve se valer de meios coercitivos, especialmente pelo uso direto da força, como a utilização de armas de fogo. O uso da força entra em cena quando medidas de polícia não aptas, por si sós, a controlarem o perigo. No entanto, enquanto as medidas de polícia em ação podem ser ilimitadas quanto ao seu número e formas, por dependerem da situação de perigo a ser enfrentada, os meios coercitivos postos à disposição da polícia de segurança pública devem estar rigorosamente previstos em lei, de forma que a autoridade não pode se valer de outros meios de execução coercitiva senão aqueles especificados em lei dado o grau envolvido de afetação dos direitos, liberdades e garantias.⁴³

Os meios coercitivos, como o uso da força e arma de fogo, empregados pela polícia, além de toda a cautela e observância rigorosa de todas as normas que visem coibir o ilícito, segue prudentemente o princípio da proporcionalidade. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, através da Resolução nº 34/169, de 17/12/1979, adotou o Código de Conduta para os Policiais. Visando garantir a efetividade do Código, foi adotado os Princípios Básicos para uso da força e das armas de fogo pelos policiais, quando da realização do 8º Congresso para Prevenção do Crime Organizado da ONU, através da Resolução 45/66, de 18/12/1990.

O Código estabelece normas para que sejam evitados o uso excessivo da força pela polícia, mas também impõe ao Estado responsabilidade concernente à seleção e formação do policial para que o mesmo desempenhe sua função com eficiência e presteza. O Código também impõe ao Estado o dever de equipar e realizar treinamentos no uso de armas não letais, evitando desta forma restrições no uso de armas letais, que só devem ser usadas quando esgotar todos os recursos, doravante, há uma preocupação tendo em vista o ofício do policial em que muitas situações requer o uso da força, conceitos jurídicos como legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal, em muitos casos, numa situação em que há confronto, não é levado a efeito.

No Brasil, a Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 Dez 2010, estabelece Diretrizes sobre o uso da força e arma de fogo pelos Agentes de Segurança Pública.⁴⁴

⁴³ FILOCRE, Lincoln D'Aquino, *Direito Policial Moderno*: Almedina. São Paulo, 2017, p. 106.

⁴⁴ O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência.

- Os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave.

- Não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros.

Devido às peculiaridades no exercício da função pelos agentes de segurança pública, é comum os mesmos se depararem com situações práticas que exigem o uso da força para o restabelecimento da ordem e da normalidade, sempre pautado na necessidade e legalidade, pois do contrário sua atitude estará divergindo e se afastando da sua atividade fim, consequentemente contribuindo para gerar violência ao invés de combatê-la.

O Código Penal Brasileiro e o Código de Processo Penal, prevê o uso da força em situações de estado de necessidade, em legítima defesa e em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.⁴⁵ O Código de Processo Penal Militar, também faz restrições quanto ao uso da força e de armas.⁴⁶

Quando os agentes de segurança deixam de cumprir os padrões legais que legitima a prática do uso da força, violam preceitos e será um ato ilegal, caracterizando-se como abuso e arbitrariedade, não coadunando com a organização policial que não deve estar à margem da lei e que objetiva a preservação da ordem, a paz social e o respeito aos direitos do cidadão, imprescindíveis à manutenção do Estado democrático de Direito.

A polícia está legitimada a usar a força a arma de fogo com base no princípio da legalidade, e deve ser razoável e proporcional, caso contrário, o Estado também poderá ser responsabilizado, pois o mesmo é responsável pela segurança, no caso do Brasil, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal.⁴⁷

Os atos praticados com o objetivo da preservação da ordem pública e o cumprimento das leis são legítimos quando praticados e observados todos os procedimentos legais pelos

- O ato de apontar arma de fogo contra pessoas durante os procedimentos de abordagem não deverá ser uma prática rotineira e indiscriminada.

⁴⁵ Art. 24 do Código Penal: Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. §1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. §2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Art. 25, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Art. 284, Código de Processo Penal, não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga de preso.

⁴⁶ Art. 234 Código de Processo Penal Militar, salienta que “o emprego da força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga, se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados todos os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas. §2º O recurso ao uso de armas só se justifica quando absolutamente necessário para vencer a resistência ou proteger a incolumidade do executor da prisão ou a de auxiliar seu.

⁴⁷ Art. 144, Constituição Federal do Brasil – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (EC nº 19/98), I – polícia federal, II – polícia rodoviária federal, III – polícia ferroviária federal, IV – polícias civis, V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

agentes integrantes das forças policiais, fazendo uso do poder de polícia. Segundo Álvaro Lazzarini, “os atos de polícia são atos administrativos, e sujeitam-se aos mesmos princípios norteadores de tais atos, devendo ter, inclusive, a mesma infraestrutura, e seus elementos constitutivos”.⁴⁸

André Saddy, esclarece que “caso a atuação policial, seja realizada por meio de ato administrativo e possua configuração de ação deontica, poder-se-á estar diante de uma ação discricional”.⁴⁹ Os atos policiais são emanados verbalmente ou escritos,⁵⁰ dependendo da situação, o superior hierárquico da força de segurança ao emitir uma ordem a seus subordinados hierárquicos está respaldado na lei, regulamentos e diretrizes.

Como já enfatizado nessa pesquisa, a impossibilidade do legislador prever todas as situações em que o administrador público pode se deparar, a lei confere ao mesmo a discricionariedade pautada na conveniência e oportunidade, permitindo ao mesmo praticar atos com certa margem de liberdade que melhor se adequa aos interesses da Administração Pública.

Da mesma forma ocorre com a força policial referente aos atos de polícia, tendo em vista a impossibilidade do legislador prever todas as situações em que o policial pode enfrentar no cumprimento de sua função, devido às peculiaridades e características inerente ao trabalho de polícia, há necessidade de uma discricionariedade mais ampla, para que o agente de segurança pública possa cumprir o seu ofício correspondendo o que almeja a sociedade na pacificação da ordem e segurança dos cidadãos.

Cita-se, por exemplo, um refém que se encontra em poder de sequestrador ameaçando sua vida e sendo irredutível na rendição, um atirador dispara contra ele mas atinge a vítima ceifando sua vida, neste caso, o policial usou a discricionariedade, mas infelizmente não logrou êxito podendo responder por homicídio, mas se tivesse atingido o sequestrador teria outra interpretação.

A lei nº 13.060, de 22/12/2014, versa sobre o uso dos Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo, (IMPO), pelos agentes de segurança pública elencados no art. 144 da Constituição Federal do Brasil/1988, os referidos Instrumentos, são aqueles que causam menor consequências lesivas, tirando momentaneamente de ação ou desobstruindo a resistência da

⁴⁸ LAZZARINI, Álvaro, Direito Administrativo da Ordem Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.195.

⁴⁹ SADDY, André, Discricionariedade Policial, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.32.

As ações deonticas são aquelas que se traduzem em uma alteração da situação jurídica anteriormente existente.

⁵⁰ A regra no Direito Administrativo, é que o ato tenha uma forma escrita, mas admite-se, em caráter excepcional, formas não escritas, como oral ou visual (sinais por exemplo), em razão da urgência da manifestação da vontade de quem atua no interesse público. Além disso, admite-se o silêncio como forma de manifestação do interesse público.

pessoa que for atingida por esses Instrumentos, cita-se como exemplo: munições químicas, espargidores, munição de impacto controlado, armas de impulso elétrico, de transmissão de ondas, de jatos d'água e spray de pimenta. O objetivo da referida lei é apresentar alternativa e fazer com que haja restrição ao uso das armas letais e o emprego da força,⁵¹ consequentemente, não descarta e nem proíbe o uso.

A depender do caso concreto, o policial decidirá o emprego da arma adequada, facultada pela lei. Permite o juízo de mérito, para adoção de alternativa mais conveniente e oportuna usar a discricionariedade, que não será uma tarefa fácil, pois o fator tempo pode não ajudar e o policial precisa analisar os fatos e o direito, principalmente quando há incidência de mais uma norma sobre o caso concreto, desta forma, contribui para dificultar e deixá-lo inseguro nas suas decisões.

A força policial que faz parte do Estado de direito, como já enfatizado, age de acordo com a lei e não a margem da lei, os seus atos devem ser praticados com a máxima cautela quando fizer uso da força, principalmente arma de fogo, as leis devem ser claras, para evitar que haja arbitrariedade e uso indiscriminado dessa força.

Os agentes de segurança devem ser bem treinados e orientados quanto ao uso da arma de fogo, alguns procedimentos devem ser adotados com relação ao seu emprego, são os chamados Procedimentos Operacional Padrão, POP,⁵² utilizados pela polícia com relação ao ao disparo da mesma, em que deve basear essa decisão mais num juízo do que em uma exclusiva interpretação do aspecto legal.

O Estatuto do desarmamento,⁵³ adotado no Brasil a partir de 2003, enquadra como crime, o disparo de arma de fogo em via pública por todo cidadão, inclusive os agentes de segurança, em consequência, todo cuidado e cautela deve haver por parte dos policiais ao se depararem em situações que exijam o gerenciamento de crise.

⁵¹ Art. 2º da Lei 13.060, de 22/12/2014, estabelece o uso de Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo pelos agentes de segurança pública no Brasil: “os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização dos Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios: I- Legalidade; II- Necessidade; III- Razoabilidade e Proporcionalidade. Parágrafo único – Não é legítimo o uso de arma de fogo: I- Contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e II- Contra veículos que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros.

⁵² Procedimento Operacional Padrão (POP) – As Forças Armadas bem as Forças de Segurança, utilizam esse procedimento, que tem o intuito de evitar danos ou até o óbito em consequência do disparo de arma de fogo.

⁵³ Lei 826/2003, Art. 15 – Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, 2 a 4 anos e multa. Parágrafo único: Crime previsto neste art. É inafiançável.

As forças de segurança do Brasil, adotava como forma de evitar o disparo de arma de fogo, o chamado “tiro de advertência”, portanto, com a entrada em vigor da Portaria Interministerial nº 4.226, de 31/12/2003,⁵⁴ esta prática foi considerada não aceitável.

No direito comparado, em Portugal, a lei nº 5/2006, de 23 de fevereiro,⁵⁵ elenca que: A arma de fogo é usada em caráter excepcional, sua utilização “efectiva” nas seguintes situações: a) Como último meio de defesa objetivando cessar ou repelir uma agressão “actual” e ilícita dirigida contra o próprio ou terceiros, quando há perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física e quando essa defesa não possa ser garantida por agentes da autoridade do Estado, devendo o disparo ser precedido de advertência, mas, não pode visar zona letal do corpo humano; b) Como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão “actual” e ilícita contra o patrimônio, devendo os disparos ser exclusivamente de advertência.

Ainda, referindo sobre o uso de arma de fogo, como última medida a ser praticada pela polícia, o professor Antônio Francisco de Sousa, assim manifesta:

Quer no plano nacional, quer no plano internacional, é hoje pacífico que, por força do princípio da proporcionalidade, o uso de armas de fogo pela polícia deve ser restringido a situações extremas. Isto significa, na prática, que a polícia só pode recorrer a esta medida tão incisiva de coacção quando outras medidas já tenham sido adoptadas com sucesso.⁵⁶ Esta ideia é vulgarmente manifestada pela expressão “uso de armas de fogo como última ratio” ou uso de arma de fogo como medida de extrema coacção.⁵⁷

Como medida extrema adotada pela polícia, cita-se o exemplo, que ocorre em alguns lugares no Rio de Janeiro, antes da polícia chegar é recebida a tiros, esta é uma situação que foge às regras, pois há necessidade do uso de arma de fogo, não só para manutenção da ordem pública, mas preservação da própria vida. No exemplo, a reação da polícia caracteriza legítima defesa.

⁵⁴ Portaria Interministerial nº 4.226, de 31/12/2002. Anexo I, Diretrizes sobre o uso da força e armas e fogo pelos agentes de segurança pública. Nº 6 – Os chamados “tiros de advertência” não são considerados prática aceitável, por não atenderem aos princípios elencados na Diretriz nº 2 e em razão da imprevisibilidade de seus efeitos. Compreende-se que a portaria em questão não faz referência se o tiro de advertência é para cima ou não, a lei não reconhece. Devendo ser feita verbalmente.

⁵⁵ Lei nº 5/2006, de 23 de fevereiro, trata do Regime Jurídico das Armas e Munições.

⁵⁶ SOUSA, Antônio Francisco de. A Polícia no Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319. Nota de rodapé nº 720. “Em termos excessivamente vagos, dispõe a lei que “o recurso a arma de fogo só é permitido como medida de extrema coacção ou de legítima defesa, adequada às circunstâncias”. No mesmo sentido, cfr o DL nº 488/82. A Portaria nº 66/92, de 12 de novembro, fal em “medida de extrema necessidade”. Esta fórmula é pouco clara, sobretudo quando depois se considera permitida a medida de extrema coacção” quando a manutenção da ordem pública assim o exija”. (art. 3º, nº 1, al. i), do D-Lei nº 457/99, de 5 de novembro, na linha do que já determinava o art. 2º, nº 1, al. h.), do DL nº 364/83, de 28 de setembro).

⁵⁷ SOUSA, Antônio Francisco de. A Polícia no Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 2009, p.319.

2.2. Discrecionariedade policial nas abordagens

A abordagem policial é um ato, um procedimento realizado pelos agentes de segurança a pessoas, veículos, embarcações, aeronaves e edificações, sob fundada suspeita que há indícios de objetos ilícitos assim reconhecidos pela lei. É um ato administrativo, discricionário, auto executório e coercitivo, não pode ser interpretado como um ato ilegal, apesar dos excessos que se cometem em alguns casos concretos e a não observância dos procedimentos padrão e legal, o que contribui para interpretações errôneas acerca do seu real objetivo. A abordagem, assim como todos os atos praticados pela polícia exige o máximo de cautela, para que não haja desvio de conduta ou abuso de autoridade.

Partindo do princípio da prevenção criminal, qualquer pessoa, veículos, embarcações, aeronaves e edificações, estão passivos a submeterem a abordagem policial, desde que haja motivos suficientes que justifique tal procedimento. Cita-se por exemplo: quando a polícia realiza uma abordagem na entrada de um estádio de futebol, realiza procedimentos de prevenção ao crime, evitando que pessoas portem objetos considerados ilícitos pela lei.

A abordagem policial a pessoas, no Brasil é sinônimo de busca pessoal ou revista, convém salientar, que pode haver abordagem policial sem necessariamente haver busca pessoal, exemplo: a polícia pode abordar alguém para advertir, para orientar, e etc. Conforme o professor Antônio Francisco de Sousa:

A revista é uma operação policial que incide essencialmente nos bolsos dos casacos. Sobretudo, camisas, cintos e calças do destinatário, por serem estes os locais onde normalmente as pessoas guardam objectos que trazem consigo. Quando o destinatário traz, para além das roupas vestidas, outras roupas em sacos ou malas, há lugar, complementarmente, à busca de coisas e não à revista.⁵⁸

2.2.1. Busca pessoal

A busca pessoal é uma técnica utilizada pelas forças de segurança,⁵⁹ que pode ser preventiva ou repressiva, com o objetivo de encontrar produtos de crime, bem como, todo objeto considerado pela lei como ilícito ou lícito que pode ser utilizado para consumação de

⁵⁸ SOUSA, Antônio Francisco de. A Polícia no Estado de Direito, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

⁵⁹ Quando nos referimos às forças de segurança, não só inclui a força policial, mas também as forças armadas e até a segurança privada. As forças armadas realizam operações tipo polícia e também utilizam da técnica da busca pessoal.

crimes e estar de posse da pessoa suspeita fruto da abordagem. A busca será realizada no corpo da pessoa suspeita, bem como em todo os seus pertences.

A busca pessoal, geralmente parte do princípio que a pessoa submetida à busca, encontra-se em situação de fundada suspeita e aliada ao poder discricionário do agente de segurança que avalia todas as atitudes e comportamentos para a sua decisão. O art. 244 do Código de Processo Penal – CPP, prescreve: “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”.⁶⁰

Sobre a questão de “fundada suspeita” como critério para realização da busca pessoal, José Wilson Gomes de Assis, se posiciona:

A fundamentação da busca pessoal preventiva, como já se repetiu à exaustão, seu fundamento decorre do poder discricionário de polícia preventiva de segurança pública, e, portanto, não pode ser regulamentada pelas normas processuais penais (exceto, quando se depara com um ilícito penal, posto que a partir de então, a busca pessoal a ser processual). Quando o Diploma Processual Penal possibilita certa ‘liberdade’ de ação quando utiliza a expressão ‘quando houver fundada suspeita’, não se aplica à fundamentação (e regulamentação) da busca pessoal preventiva, uma vez que este engloba não só a hipótese onde há a ‘fundada suspeita’ mais também às hipóteses onde inexistente a ‘fundada suspeita’.

Cita-se como exemplo, de que a busca pessoal não necessita da “fundada suspeita” para ser realizada. Assim tem-se a hipótese da busca pessoal preventiva realizada por ocasião do ingresso de transeuntes em estádio de futebol, todos são revistados independentes de existir ou não “fundada suspeita”. A polícia militar estará atuando no exercício de seu poder discricionário de polícia ostensiva de segurança pública e a segurança daqueles que ali comparecem.⁶¹

Ainda sobre a questão, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, (STF),⁶² posicionou-se que a “fundada suspeita” não pode basear-se por elementos subjetivos, em virtude da restrição a certos direitos individuais, o princípio da legalidade deve ser reverenciado:

A fundada suspeita prevista no art. 244 do Código de Processo Penal, (CPP), não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que

⁶⁰ Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

⁶¹ ASSIS, José Wilson Gomes, Operações Tipo Blitz e Buscas Pessoais Coletivas: As Ações Preventivas da Polícia Militar e a sua Legalidade. Artigo publicado site Jus Militares, p.6.

⁶² O Supremo Tribunal Federal, STF, é a mais alta instância do poder judiciário brasileiro, com a função precípua de ser a guardiã da Constituição Federal.

indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Aviência, no caso, de elementos dessa natureza, que não pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente um blusão suscetível de esconder uma arma, sob risco de referindo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder.⁶³

Conforme já frisamos em nosso estudo, a polícia militar, que é a polícia ostensiva e que atua normalmente na prevenção do crime, adota os chamados Procedimentos Operacionais Padrão, (POP), que regula as atitudes e decisões em que o policial pode se deparar. O Caderno Doutrinário da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, dispõe que:

As buscas pessoais serão realizadas em prol do bem comum, ainda que possam causar eventuais desconfortos de caráter individual. É importante que a restrição aos direitos individuais se dê no mínimo possível, ou seja, no limite do que possa ser considerado necessário e razoável, para que não possa ser interpretado como abuso de autoridade⁶⁴

2.2.2. Princípios acerca da abordagem policial

2.2.2.1. Princípio da legalidade

Toda atividade policial deve estar adstrita às leis vigentes no ordenamento jurídico, neste cerne, a abordagem policial deve estar de acordo com a legalidade para que não haja desvio de finalidade e desrespeito aos direitos do cidadão, que está amparado pelo princípio constitucional da liberdade. Em algumas situações, por exemplo, a abordagem quando realizada nas ruas, a locomoção do cidadão abordado é interrompida. O princípio da legalidade, impõe que toda a Administração Pública incluindo as atividades e os atos a serem praticados pela polícia deve estar de acordo com o que estabelece as leis.

Maria Sylva Zanella Di Pietro, assim leciona:

Este princípio, juntamente com o controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque, a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição de tais direitos em benefício da coletividade.⁶⁵

⁶³ Habeas Corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo (HC nº 81.305-4. Relator: Min Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22/02/2002.

⁶⁴ MINAS GERAIS, POLÍCIA MILITAR de. Prática Policial básica. Caderno Doutrinário 2. Tática Policial, abordagem a pessoas e tratamento às vítimas. Belo Horizonte: Academia de Polícia Militar, 2011, p 72.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylva Zanella, Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

O princípio da legalidade é uma garantia para os administrados, um limite para o Estado referente ao abuso de poder.

O princípio da legalidade, encontra-se prescrito na nossa Constituição Federal em seus art. 5º e 37.⁶⁶ A Administração Pública só pode fazer aquilo que está previsto na lei.

2.2.2.2. Princípio da Moralidade

No desempenho de suas variadas atividades, principalmente aquelas em que há contato com pessoas, como é o caso da abordagem, a polícia deverá sempre agir com respeito, independente da pessoa ser suspeita ou não, ter cometido um ato ilícito ou não, a dignidade da pessoa humana deve ser preservada.

Quando o agente de segurança, aborda uma pessoa deverá fazê-lo com procedimento ético, cauteloso, em observância às normas e leis vigentes, sempre de acordo com o princípio da moralidade,⁶⁷ um dos princípios expresso da Administração Pública do Brasil, sinônimo de honestidade, retidão, ser justo nos atos praticados e seriedade com a coisa pública, caso contrário os atos serão nulos.

Alexandrino e Paulo, lecionam que:

É importante compreender que o fato de a Constituição haver erigido a moral administrativa em princípio jurídico expresso permite afirmar que ela é um requisito de validade do ato administrativo, e não de aspecto atinente ao mérito. Vale dizer, um ato contrário à moral administrativa, não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas uma análise de legitimidade, isto é um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente. Em consequência, o ato contrário à moral administrativa não deve ser revogado, e sim declarado nulo. Mais importante, como se trata de controle de legalidade ou legitimidade, este pode ser efetuado pela administração e também pelo poder judiciário. (Desde que provocado).⁶⁸

⁶⁶ Art. 5º, nº II, Constituição Federal do Brasil: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Art. 37 – A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁶⁷ O art. 37 da Constituição Federal do Brasil, prescreve: A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência.

- A lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei de Procedimento Administrativo, determina que a Administração Pública atue não somente com a lei, mas também de acordo com todo o ordenamento jurídico.

- “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, **moralidade**, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁶⁸ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente, Direito Administrativo Descomplicado, 23ª ed. São Paulo: 2015, p. 212.

O princípio da moralidade administrativa impõe que a atividade policial seja realizada de maneira responsável e ética, observando a licitude e a legalidade nos atos a serem praticados.

2.2.2.3. Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, são princípios que não estão escritos no nosso texto constitucional, porem encontram-se implicitamente e reconhecidos pela doutrina e jurisprudência. Pertencem à natureza do Estado de Direito.

Durante a realização da abordagem em pessoas suspeitas, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade são de extrema importância, o agente de segurança deve agir com cautela e ser razoável, principalmente ao fazer uso da força, deverá ser proporcional e verificar sempre a situação do suspeito, para que os direitos do abordado não sejam desrespeitados e haja desvio de finalidade.

De acordo com Alexandrino e Paulo:

O postulado dos atos sancionatórios, especialmente nos atos de polícia administrativa. Com efeito, a intensidade e a extensão do ato sancionatório, deve guardar relação de congruência com a lesividade e gravidade da conduta que se tenciona reprimir ou prevenir. A noção é intuitiva: uma infração leve deve receber uma sanção branda; a uma falta grave deve corresponder uma punição severa.⁶⁹

A razoabilidade e a proporcionalidade estão mais presentes na discricionariedade administrativa servindo-lhe de limitações e de controle dos atos praticados pela administração.

2.2.3. Previsão legal da abordagem

Devido as peculiaridades próprias da abordagem policial e pelo fato de aproximar-se do cidadão, alguns se sentem constrangidos e que seus direitos previstos na nossa Carta Magna, não estão sendo observados, direitos estes previstos no art. 5º, como: princípio da presunção de inocência, (inciso LVII), a proibição de violação da intimidade, o respeito à vida privada, a honra, a imagem das pessoas, (inciso X), o direito de ir e vir, (inciso XV). No entanto, a prática da abordagem faz parte das atividades previstas pela força de segurança que visa o bem comum da sociedade, é o direito da coletividade, baseado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

⁶⁹ Idem, p.232.

A abordagem policial é uma prática legal prevista em lei e objetiva a segurança da sociedade, não deve ser interpretada como uma prática ilegal e desordenada realizada pela polícia.

Em trâmite no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 4.608/2012,⁷⁰ trata da abordagem policial. O projeto previne abusos em abordagens policiais e estabelece regras a serem seguidas pelos policiais, visa também resguardar o direito do policial em caso de denúncia falsa. Sem dúvida, este projeto de lei é de suma importância para as forças de segurança, dará um respaldo legal a uma atividade tão corriqueira na polícia e que necessita de uma lei específica.

As abordagens policiais tem fundamento no poder de polícia, é um ato administrativo realizada por agentes de segurança que integram o sistema de segurança pública. Conforme Márcio Luiz Boni:

Contudo, as abordagens policiais, por se tratarem de atuação da administração, devem preencher os requisitos de validade do ato administrativo e sujeitar-se ao controle judicial da legalidade e da moralidade, não obstante existam as possibilidades do controle realizado pelo Ministério Público e do controle popular exercido pela via da participação cidadina.⁷¹

2.3. Discrecionalidade policial no uso de algemas

As forças de segurança, para cumprir seus objetivos de preservar a ordem social e garantir que os cidadãos não tenham seus direitos desrespeitados, utilizam de várias técnicas e ferramentas que auxiliam neste trabalho, como: cassetete, colete a prova de bala, armas de fogo,

⁷⁰ Prevê no art. 2º - Que “A abordagem policial é a atividade material desempenhada pelas autoridades policiais, legalmente investidas nas funções públicas e dotadas de competência para a ação preventiva e repressiva, com fundamento no poder de polícia do Estado, visando à preservação da ordem pública”.

Art. 3º- A abordagem policial, atividade essencial à segurança pública, fundada na promoção da cidadania, da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais, tem por finalidade a defesa da vida, preservação da incolumidade física das pessoas, do patrimônio, da administração pública e da regularidade das atividades lícitas.

§1º - A abordagem policial consiste em uma ação técnica de aproximação e interação entre o policial e a pessoa, veicular e domiciliar, desde que presentes os requisitos do inciso XI do art. 5º da Constituição Federal. §2º - O intuito da abordagem policial consistirá em fiscalizar, investigar, orientar, advertir, assistir, e se, estiverem presentes os requisitos da prisão em flagrante, efetuar a prisão. Art. 7º - Descreve os princípios fundamentais da abordagem policial: I – A proteção dos direitos humanos; II – A participação e interação comunitária; III – A resolução pacífica de conflitos; IV – O uso proporcional e escalonado da força; V – A eficiência na prevenção das infrações penais ou atos infracionais; VI – A atuação isenta e imparcial do policial; VII – A estrita observância dos procedimentos de segurança do policial e do abordado, e; VIII – A aplicação das regras de urbanidade;

Parágrafo único: A abordagem policial representa um encontro entre a polícia e o público e os procedimentos adotados pelos policiais variam de acordo com as circunstâncias e com a avaliação feita pelo policial sobre a pessoa com quem interessa, podendo estar relacionada, à infração penal ou ato infracional ou não.

⁷¹ BONI, Márcio Luiz, Cidadania e Poder de Polícia na Abordagem Policial, Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano VII, nº 9. Dezembro 2006, p. 647.

e etc. Utilizam também a algema, que são argolas feitas normalmente de metal que tem a finalidade de prender pelos pulsos evitando que prisioneiros fujam e não ofereçam riscos de agressões contra policiais, magistrados, terceiros e até contra a vida do próprio policial.

Ao longo dos anos as algemas têm sido utilizadas não só para imobilizar os membros, como ocorrem nos dias atuais, mas como verdadeira tortura e até de uma maneira desumana e degradante, ocorrendo em muitos casos a morte, pois nesta fase, as algemas representavam uma das formas de cumprimento da pena. Ao avistar alguém algemado pela polícia, supõe-se que houve uma prática de crime ou está sendo acusado de tal, o certo é que para o algemado representa um ato de humilhação e uma antecipação da pena, aos olhos do público uma culpa e alguém perigoso.

A utilização das algemas tornou-se um instrumento de porte obrigatório pela força de segurança no Brasil e em muitos países, indispensável ao cumprimento em suas variadas atividades referente à segurança, pois, como já vimos, há casos em que a polícia faz uso da força. Portanto, toda atenção e cautela deve haver quando da utilização das algemas pela polícia. O conhecimento da legislação vigente que regula o uso de algemas é indispensável por parte dos policiais, elas não devem ser empregadas de forma arbitrária, desnecessária e quando não há fundamentação que justifique o seu uso, constitui uma ofensa a dignidade humana, infringindo princípios constitucionais garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

O uso de algemas é conferido pelo Estado, através do poder de polícia, entretanto, há limitações legais quanto ao desempenho do referido poder, quando este limite é extrapolado, é ignorado, caracteriza crime de abuso de autoridade.⁷² O seu não deve ser excepcionado, quando devidamente utilizadas, garantem a segurança das pessoas envolvidas na prisão, evita a fuga do preso, destruição de provas e também que o preso intente sobre sua própria vida. Inúmeros incidentes que poderiam ter sido evitados tem ocorrido devido a não utilização de algemas.⁷³

⁷² A Lei nº 461/1965, define autoridade: “Considera-se autoridade todo emprego ou função pública de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.

⁷³ De acordo com a Federação Nacional dos Policiais Federais, FENAPEF: um agente penitenciário foi atingido com um tiro na cabeça pelo preso que ele escoltava sem algemas durante a audiência no Fórum Desembargador Félix Generoso, na cidade de Sete Lagoas-MG. Segundo a polícia militar do município, o detento que estava sem algemas, conseguiu pegar a arma do agente e o acertou na nuca. FENAPEF. Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticias/index/24004>> Acesso em: 22 de maio de 2018.

Ademais, conforme Jorge Mesquita Júnior, somente no mês de julho de 2009, Rio de Janeiro, ocorreram quatro tentativas de agressão a magistrados e seguranças durante os julgamentos realizados com os réus sem algemas, em obediência à súmula nº 11 do Supremo Tribunal Federal, STF. MESQUITA JÚNIOR, Jorge. É preciso repreender a vedação do uso de algemas. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-16/preciso-repreender-vedacao-indiscriminada-utilizacao-algemas>> Acesso em: 22 de maio de 2018.

Quando o agente de segurança, após analisar o caso, decide fazer uso das algemas, exerce o poder de polícia, desta forma, está cumprindo a finalidade que é atender ao interesse público.

É difícil estabelecer limites e parâmetros não só no uso de algemas pela polícia, mas na própria atividade que exerce como um todo - como já frisado nessa pesquisa. Devido às características e peculiaridades própria do ofício, os agentes de segurança podem enfrentar situações novas, e isso leva ao entendimento que eles necessitam de uma margem de liberdade que lhes proporcione o cumprimento de suas atribuições.

O Superior Tribunal de Justiça, (STJ),⁷⁴ no acórdão sobre o assunto, declarou: “a imposição do uso de algemas ao réu, por constituir afetação aos princípios de respeito à integridade física e moral do cidadão, deve ser aferida de modo cauteloso e diante de elementos concretos que demonstrem a periculosidade do acusado”.⁷⁵

2.3.1. Legislação e previsão legal ao uso de algemas pela polícia

O art. 199 da Lei de Execuções Penais, (LEP),⁷⁶ prescreve que o uso de algemas deveria ser regulamentado pelo Poder Executivo, e isso ocorreu em 1984. Após 32 anos é editado o Decreto Federal mencionado no art. 199 da LEP: Decreto Lei nº 8856/2016, de 26 de setembro.⁷⁷ Permite o uso de algemas apenas em casos de resistência, fundado receio de fuga, ou perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros. Terá como

⁷⁴ Superior Tribunal de Justiça, (STJ), um dos órgãos máximos do Poder Judiciário do Brasil, sua missão é zelar pela uniformidade de interpretações da legislação federal brasileira. Previsto no art. 104 da Constituição Federal, (CF/88), composto de no mínimo 33 Ministros nomeados pela Presidência da República.

⁷⁵ Recurso Provido. Órgão: Sexta Turma. Relator: William Patterson. Classe: Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Número: 5563. UF: São Paulo, data da decisão: 19/08/1996.

⁷⁶ Lei de Execução Penal, (LEP), Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Prescreve no art.1º: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

⁷⁷ Decreto Lei nº 8858, de 26 de setembro de 2016, prescreve: - Art. 1º O emprego de algemas observará o disposto neste Decreto e terá como diretrizes: I – o inciso III do caput do art. 1º e o inciso II do caput do art. 5º da Constituição Federal, que dispõem sobre a proteção da dignidade da pessoa humana e sobre a proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante. II – A Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010, das Nações Unidas sobre o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok). III – O Pacto de San Jose da Costa Rica, que determina o tratamento humanitário dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade. Art. 2º É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistências e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito. Art. 3º É vedado o emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada. Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 26 de setembro de 2016. 195º da Independência e 128º da República.

diretrizes a dignidade da pessoa humana e a proibição de que qualquer pessoa seja submetida a tortura, tratamento desumano ou degradante.

Elencar-se-á a seguir alguns projetos de lei, regulamentando o uso de algemas, apresentados tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados, que ainda estão aguardando por apreciação, salientando que outros já foram arquivados:

Projeto de Lei nº 185/2004, apresentado no Senado Federal pelo Senador do Estado de Goiás, Demóstenes Torres. Ainda não foi aprovado.⁷⁸

O Deputado Federal Rubinelli de São Paulo, tentando alterar o art. 199, da Lei de Execução Penal, (LEP), apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5494, foi aprovado em primeiro turno pela Comissão de Constituição e Cidadania, em 20 de agosto de 2008. Sua votação no segundo turno ainda não aconteceu.⁷⁹

O Deputado Federal Laerte Bessa do Distrito Federal, apresentou o Projeto de Lei nº 393/2008, que deixava a cargo da autoridade policial a decisão sobre o uso ou não de algemas e objetivava alterar o Código de Processo Penal, (CPP).⁸⁰

O art. 33, das Regras Mínimas baixadas pela Organização das Nações Unidas, (ONU),⁸¹ sobre o direito das pessoas presas, estabelece que:

Os meios de coerção como algemas, correntes, grilhões, camisas-de-força, nunca deverão ser aplicados como sanções. Tampouco deverão empregar-se correntes e grilhões, como meio de coerção, isto é, algemas e camisas-de-força só poderão ser utilizados nos seguintes casos: a) como medida de precaução contra a fuga durante uma transferência, devendo ser registrados quando o recluso comparecer perante uma autoridade judicial ou administrativa; b) por motivos de saúde, segundo indicação do médico; c) por ordem do diretor, se os meios de dominar o recluso tiverem fracassado, com o objetivo de impedir que este cause danos a si mesmo ou deverá consultar urgentemente o médico, e informar a autoridade administrativa superior.

Código de Processo Penal, (CPP), alterado pela lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008. Foram disciplinados procedimentos relativos ao Tribunal do Júri. Prescreve o art. 474, § 3º, “Não será permitido o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no

⁷⁸ Projeto de Lei nº 185/2004. Brasília. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao.id.proposicao=408369>> Acesso em 24 de maio de 2018.

⁷⁹ Disponível em <<http://camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao.id.proposicao=408369>> Acesso em: 24 de maio de 2018.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas. Sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1995 e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 CI (XXIV), de 31 de julho de 1957, adotada pela resolução 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977. Em 25 de maio de 1984, através da resolução 1984/47, o Conselho Econômico e Social aprovou Treze procedimentos para a aplicação efetiva das Regras Mínimas.

plenário do Júri, exceto quando haja ameaça à condução do trabalhos e integridade física dos presentes”.

Lei nº 134.434, de 13 de abril de 2017, que acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal (CPP), que veda o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato.

Código de Processo Penal, (CPP), alterado pela lei 11.689, de 09 de junho de 2008. Foram disciplinados procedimentos relativos ao Tribunal do Júri. Art. 474, § 3º, “não será permitido o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do Júri, exceto quando haja ameaça à condução dos trabalhos e integridade física dos presentes”.

Súmula Vinculante nº 11, do Supremo Tribunal Federal, (STF),⁸² limita o uso de algemas a situações excepcionais. Editada em 13 de agosto de 2008, o Tribunal também decidiu dar um caráter impeditivo a outras Súmulas, onde não caberá recursos das decisões. Prescreve a referida Súmula:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade civil e penal do agente ou da autoridade e nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere em prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Aduz Fernanda Herbella: “O uso de algemas deixou de ser regra e passou a ser exceção”.⁸³

A Súmula Vinculante nº 11 STF, foi motivada em virtude do julgamento do Habeas Corpus (HC), 91952, o pedreiro Antônio Sérgio da Silva, teve sua condenação anulada pelo plenário em consequência de ter sido mantido algemado durante o seu julgamento pelo Tribunal do Júri na cidade de Laranjal Paulista, Estado de São Paulo.⁸⁴

A edição desta Súmula tem causada muitas controvérsias na doutrina e indignação aos integrantes das forças de segurança. O objetivo da referida Súmula é evitar que o preso seja

⁸² O instituto da Súmula Vinculante, foi criado pela Emenda Constitucional, (EC), 45/04, tem o objetivo de pacificar a discussão de questões examinadas nas instâncias inferiores do Judiciário. Após sua aprovação por no mínimo oito Ministros é publicada no Diário de Justiça Eletrônica, (DJe).

⁸³ HERBELLA, Fernanda, Algemas e a dignidade da pessoa humana: Fundamentos Jurídicos do uso de algemas. São Paulo: Lex Editora, 2008, p 93.

⁸⁴ Portal de notícias Superior Tribunal Federal. www.stf.jus.br/portal/cms/pesquisarNoticiaAvançado.asp

exposto, que os seus direitos não sejam desrespeitados e que os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, sejam preservados.

Antes da edição da referida Súmula, o critério da discricionariedade pelos policiais referente ao uso de algemas era mais abrangente, não significa que a discricionariedade não possa servir de critérios, pois sempre poderá surgir novas situações.

Com o surgimento do Decreto Lei 8858/16, de 26 de setembro de 2016, que disciplina o uso de algemas em todo território Nacional, já referenciada na pesquisa, a Súmula Vinculante nº 11, ainda continua vigorando.

Para o Supremo Tribunal Federal, (STF), a Súmula está respaldada ao prescrito na Constituição Federal no inciso III art. 1º que preconiza o respeito à dignidade da pessoa humana e os seus direitos fundamentais, e o que prescreve os artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal, (CPP), que trata do uso da força quando da prisão de u indivíduo.

2.4. Discricionariedade policial na recolha e armazenamento de dados pessoais cadastrais

Dados cadastrais é um conjunto de informações referentes a consumidores, clientes e usuários, que são registrados e armazenados em banco de dados de pessoa jurídica de direito privado ou público. Essas informações normalmente são referentes a nome completo, endereço, cadastro de pessoa física (CPF), carteira de identidade e número de telefone.⁸⁵ As informações são essenciais e fundamentais no trabalho das forças de segurança. Durante a fase de investigação criminal, a autoridade policial quando há necessidade pode requisitar informações e dados cadastrais de pessoas acusadas ou infratores da lei.

Devido à importância da informação, o próprio Estado, através da Agência Brasileira de Inteligência, (ABIN),⁸⁶ trabalha na coleta e armazenamento de dados por meio de suas seções de informações, juntamente com as Forças Armadas, polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia militar e polícia civil. As informações e dados coletados pelas forças de segurança, são mais amplas, abrangentes e específicas.

⁸⁵ Lei nº 8.078/90, art. 43º, § 4º - Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores são considerados entidades de caráter público.

⁸⁶ Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1997. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência, (ABIN), e dá outras providências. Estabelece o art. 1º da referida lei: “Fica instituído o Sistema Brasileiro de Inteligência, que integra as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do país, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional.

Preconiza Carmen Lúcia Antunes Rocha, que a autoridade policial, quando requisita informações e dados cadastrais não pode usar para outros fins senão à investigação criminal, “o que se considerar certo é que a privacidade opõe-se à publicidade e o conhecimento do Estado não chega a constituir a publicitação das informações mantidas sob reserva legalmente estabelecida e assegurada”.⁸⁷

2.4.1. Dados pessoais cadastrais bancários, telefônicos e internet

As informações e dados mantidos pelos bancos referentes aos seus clientes, como: nome completo, cadastro de pessoa física, (CPF), carteira de identidade, endereço e número de telefone. Esses dados não são protegidos pelo sigilo bancário, convém ressaltar a diferença entre dados cadastrais, do serviço conta corrente, que são depósitos, saques, transferências, pagamentos, e etc. que são protegidos do sigilo bancário⁸⁸ e só devem ser fornecidos quando requisitados pela autoridade policial mediante ordem judicial, diferentemente dos dados bancários que não há necessidade de ordem judicial quando requisitado pela autoridade policial.⁸⁹ Quando uma conta bancária é suspeita de fins ilícitas, a polícia pode requisitar ao banco informações, sem a necessidade de ordem judicial.⁹⁰

As informações do proprietário de conta telefônica, como: Nome completo, número da linha telefônica, cadastro de pessoa física, (CPF), carteira de identidade, e endereços, constitui dados cadastrais telefônico, diferente da comunicação telefônica, que são as ligações recebidas e expedidas, que pode ter acesso com o consentimento do proprietário ou ordem judicial.⁹¹ Tendo em vista a importância de dados pessoais na informação e a necessidade de proteção e guarda desses dados, neste sentido, novas leis estão sendo apresentadas.

⁸⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Direito à Privacidade e os Sigilos Fiscal e Bancário*. Periódico Interesse Público. Nº 20, ano 5, Ed. Nota dez. Porto Alegre. 2003, p. 29.

⁸⁸ Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das Operações de Instituições Financeiras e dá outras providências. Art. 1º As Instituições Financeiras, conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º - São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: [...] os bancos de qualquer espécie.

⁸⁹ Lei nº 12.833, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Art. 2º, § 2º Durante a Investigação Criminal, cabe ao Delegado de Polícia, a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessam à apuração dos fatos.

⁹⁰ Art. 6º, nº III, Código de Processo Penal (CPP), Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de dezembro de 1941. “Colher todas as provas que servirem de esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

⁹¹ Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso II, parte final do art. 5º da Constituição Federal, (CF/88). Que diz: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (Princípio da Legalidade). Art. 1º da referida lei: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

A exemplo da lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, trata do Marco civil da Internet no Brasil, estabeleceu direitos e deveres referente ao uso da internet e proteção de dados pessoais.⁹² As informações e dados pessoais armazenados na internet são amplos e abrangentes e o objetivo da lei é a preservação da intimidade e da vida privada do usuário, somente serão disponibilizados quando requisitados, mediante ordem judicial.

2.4.2. Banco de dados do Censo Escolar

O Censo Escolar é realizado anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, (INEP), órgão vinculado ao Ministério da Educação.⁹³ É um levantamento de dados estatístico-educacionais, as escolas públicas e privadas fornecem as informações sobre rendimentos dos alunos, abandono, número de matriculados, necessidades e etc.

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, (INEP), assegura o sigilo e a proteção dos dados pessoais e veda a sua utilização para fins estranhos aos previstos na legislação educacional. No curso de uma investigação criminal ou levantamento de dados, a autoridade policial pode requisitar informações e dados que interessam à apuração dos fatos.⁹⁴ De acordo com o teor das informações e grau de sigilo, não há necessidade de ordem judicial.

⁹² Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Art. 10 – A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicação de internet de que trata esta lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das partes ou indireta envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigada a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

⁹³ Decreto nº 6.425, de 4 de abril de 2008. Dispõe sobre o censo anual de educação. Diz o art. 1º O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, (INEP), realizará, anualmente o censo escolar da educação básica e o censo da educação superior, na forma deste Decreto. Art. 2º O censo escolar da educação básica será realizado anualmente em regime de colaboração entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em caráter declaratório e mediante coleta de dados descentralizada, englobando todos os estabelecimentos públicos e privados de educação básica e adotando alunos, turmas, escolas e profissionais da educação como unidades de informação.

⁹⁴ Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Poder requisitório da autoridade policial. § 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessam à apuração dos fatos.

2.5. A Discrecionariedade policial nas investigações criminais

A polícia administrativa é regida pelo Direito administrativo e tem a função preventiva, atua na prevenção da ilicitude. Para atuar e praticar atos não necessita de autorização judicial, prevalecendo o princípio da autoexecutoriedade, e isso faz com que haja maior discrecionariedade.

No Brasil, a polícia administrativa é exercida pela polícia militar.⁹⁵ O art. 3º do Decreto lei nº 667, de 02 de julho de 1969, estabelece que as polícias militares, são instituições para manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, (DF).⁹⁶

A polícia judiciária, tem a função repressiva, atua na investigação, na apuração dos crimes e respectivos autores. É exercida pela polícia federal e polícia civil.⁹⁷ O art. 2º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, prescreve que: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado”. O art. 4º do Código Penal Brasileiro, diz que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.⁹⁸

A investigação criminal no Brasil, é realizada através do inquérito policial, conduzida pela polícia judiciária, conforme o art. 144 da Constituição Federal e lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.⁹⁹ O inquérito policial é um procedimento administrativo, de cunho investigatório que tem como finalidade colher informações sobre o delito e seus autores. Segundo a doutrina majoritária não há contraditório e ampla defesa. A lei não define qual o melhor método ou a melhor técnica a ser empregada para desvendar e investigar determinado crime.

⁹⁵ Art. 144, Constituição Federal do Brasil, § 5º As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

⁹⁶ Decreto-Lei nº 667, de 02 de julho de 1969, reorganiza as polícias militares e corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, (DF), e dá outras providências.

⁹⁷ Art. 144, Constituição Federal do Brasil, § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se: IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 4º As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

⁹⁸ Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

⁹⁹ Art. 1º § 10, lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, prescreve: “Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.

O delegado conduz a investigação buscando sempre a maneira mais eficiente, atuando sempre de acordo com a lei. O poder discricionário da autoridade policial é de extrema importância para a formação do seu convencimento técnico na apuração dos crimes. De acordo com sua conveniência e oportunidade, poderá, por exemplo, indeferir requerimento e diligências.

Tendo em vista os atos específicos e inerentes ao ofício da polícia, faz que ela seja uma atividade discricionária. Segundo Arthur Trindade Maranhão Costa: “Não é possível estabelecer orientações sobre todas as atividades e situações que os policiais se deparam nas ruas”.¹⁰⁰

2.6. A Discricionariedade Policial nas reuniões e manifestações

No Estado democrático de direito, o direito de reunião e manifestação, apresentam-se como um dos mais importantes direitos fundamentais proporcionados ao homem. O jurista Antônio Francisco de Sousa, no seu mister, aduz: “de pronto, que, sem liberdade de reunião e de manifestação não há democracia de fato”.¹⁰¹

Como todo direito fundamental não é absoluto, o direito de reunião e manifestação, não são exceções, podem colidir com outros direitos fundamentais, por exemplo: as pessoas se reúnem para reivindicarem direitos ou abusos contra seus direitos e com o aglomerado de pessoas haverá congestionamento no trânsito, em consequência, haverá atrasos nos compromissos causando sérios transtornos, inclusive no direito de liberdade de ir e vir dessas pessoas, que também é um direito fundamental.

O direito de reunião e manifestação faz parte do ordenamento jurídico de vários países, no Brasil, está prescrito no art. 5º da Constituição Federal de 1988, (CF/88), inciso XVI. Assegurando a todos o direito de reunião em locais abertos ao público e desde que seja pacífica, sem armas não necessita de autorização, entretanto, não deve frustrar outra reunião previamente convocada para o mesmo local, sendo necessário aviso prévio à autoridade competente. A lei

¹⁰⁰ COSTA, Arthur Trindade Maranhão. A Discricionariedade do Sistema de Justiça Criminal: uma análise do inquérito policial no Distrito Federal, (DF). In: MISSE, Michel (org.). O inquérito Policial no Brasil. Rio de Janeiro: Booklink, 2010, p. 195.

¹⁰¹ SOUSA, Antônio Francisco de. Liberdade de Reunião e Manifestação no Estado de Direito. In. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, ano 6, nº 21. P.31 Dez 2012.

nº 1.207, de 25 de outubro de 1950 dispõe sobre o direito de reunião e assegura que agentes do Poder Executivo, não poderá intervir em reunião pacífica e sem armas.¹⁰²

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP),¹⁰³ princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, (DUDH), reconhece o direito de reunião e manifestação de forma pacífica, como essencial numa sociedade democrática.

Sobre direito de reunião e manifestação, Dirley da Cunha Júnior, assevera:

Trata-se de um direito fundamental que investe as pessoas de poderes jurídicos de se agruparem em locais abertos ao público para, juntas e conscientemente, independentemente de autorização do poder público, prestarem, reivindicarem ou exprimirem ideias, pouco importando digam respeito a aspectos religiosos, culturais ou políticos. É a expressão coletiva da liberdade de manifestação do pensamento.¹⁰⁴

O direito de reunião e manifestação são legais, porém, encontra limites na Constituição e lei infraconstitucional, portanto, quando há ameaças aos direitos fundamentais, a polícia se manifesta, coibindo tais atitudes. É o próprio Estado limitando o interesse individual ou de grupos em prol da ordem, da legalidade e do bem comum.

As forças de segurança representam o Estado, garantindo o direito constitucional de reunir-se e manifestar-se pacificamente, tendo em vista a imprevisibilidade que possa ocorrer nas reuniões e manifestações. Diante do radicalismo e intransigência por parte de alguns participantes, nem sempre ocorre de uma maneira pacífica e ordeira, a polícia usará o seu poder discricionário ao lidar com essas situações.

A polícia se faz presente não para interferir no objeto da reunião, mas para preservar a ordem e a segurança pública, entretanto, há situações que exige uma interferência mais severa, necessitando de toda cautela, prudência e discricionariedade, pois o seu papel é garantir a todos os cidadãos o exercício dos seus direitos.

¹⁰² Art. 1º lei nº 1.207, de 25 de outubro de 1950: “Sob nenhum pretexto poderá qualquer agente do Poder Executivo intervir em reunião pacífica e sem armas, convocada para casa particular ou recinto fechado de associação, salvo no caso do § 15 do art. 141 da CF/46, ou quando a convocação se fizer para a prática de ato proibido. § 15 s CF/46: A casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítima de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

¹⁰³ Art. 21 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDC), art. 21, afirma: “O direito à reunião pacífica é reconhecido. O exercício deste direito só pode ser objeto de restrições impostas em conformidade com a lei e que são necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública ou para proteger a saúde e a moralidade pública ou os direitos e as liberdades de outrem”. Organização das Nações Unidas, (ONU), dezembro, 1966. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/PDESC.pdf>> acesso em 08 de junho de 2018.

¹⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da, Curso de Direito Constitucional, 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2011, p. 697.

CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos mencionados, percebe-se que o poder discricionário constitui um instrumento de valor imprescindível na administração pública e no direito policial, tornando cada vez mais importante como fator de uma boa administração e de garantia dos direitos na relação administrado e administradores e como um dos fatores de êxito no desempenho das forças de segurança.

A ordem jurídica confere ao Estado, um conjunto de prerrogativas que são chamados poderes administrativos, dentre eles, há o poder vinculado, poder discricionário e poder de polícia.

O administrador público só pratica atos de acordo com o prescrito nas leis, entretanto, por não haver possibilidade do ordenamento jurídico prever todas as situações que requer do administrador uma decisão que melhor atenda aos interesses da coletividade, o legislador facultou ao mesmo uma liberdade de escolha baseada na sua conveniência e oportunidade.

Para garantir os direitos do cidadão o Estado tem a seu favor o poder de polícia, que tem como objetivo coibir todas as manifestações contrárias de particulares sobre os interesses coletivos.

O direito policial é parte integrante do direito administrativo, está inserido em um conjunto de normas jurídicas que tem a finalidade de regular a atividade policial, garantir a segurança pública, os direitos fundamentais e liberdade dos cidadãos.

As forças de ordem e segurança pública desempenham uma atividade sui generis, com peculiaridades e características próprias que o faz ser diferente de todas as atividades administrativas e esse é um dos fundamentos que nos leva a refletirmos sobre a importância da discricionariedade no exercício e nas situações que requer uma resposta, dependendo do caso concreto, urgente por parte da polícia.

A polícia exerce um papel importante na preservação da ordem pública, por meio de medidas preventivas, coativas, afastando as ameaças aos direitos e à liberdade, neste cerne, o Estado, a Administração Pública precisa contar com normas e leis que restringem determinadas atividades que ameaçam a paz social e concomitantemente, essas normas e leis devem se estender à polícia, para que a mesma não cometa atos arbitrários, afastando-os completamente dos seus objetivos.

O objetivo da polícia especificamente está no controle em decorrência do não cumprimento da ordem, este controle é realizado através de ações com os fins de impedir essas práticas que produzem danos e consequentemente insegurança à sociedade.

A discricionariedade policial, é de fundamental importância, emerge assim como um aspecto essencial no trabalho policial.

A polícia está a todo o tempo aplicando a lei em suas atividades principalmente no controle do crime, e isso faz, por exemplo, que ela decida qual o ato mais adequado a ser praticado quando acionada.

A variedade de situações a qual a polícia deve atender, as dificuldades inerentes ao trabalho e pela própria natureza da atividade policial, faz que haja necessidade de uma margem de liberdade maior, sem essa discricionariedade a polícia ficaria limitada nas suas ações e consequentemente compromete o seu desempenho.

Entretanto, os atos de polícia são atos administrativos, e devem ser praticados com a máxima cautela, observando todos os procedimentos, o direito e os princípios que rege a administração pública, principalmente, o princípio da legalidade, que é uma garantia para os administradores e um limite para o Estado referente ao abuso de poder e desvio de finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo, e VICENTE, Paulo. **Descomplicado**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ASSIS, José Wilson Gomes de. **Operações Tipo Blitz e Buscas Pessoais Coletivas: As Ações Preventivas da PM e a sua Legalidade**. 2007. Disponível em <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/operacoesblitz.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

BONI, Márcio Luiz. Cidadania e Poder de Polícia na Abordagem Policial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, nº 9. Dezembro de 2006.

CARVALHO FIHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. rev. ampl. E atual. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. ampl e atual. Salvador. Jus Podivm. 20017.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. **A Discricionariedade do Sistema de Justiça Criminal: Uma análise do Inquérito Policial no Distrito Federal**. In: MISSE, Michel (Org.) **O Inquérito Policial no Brasil**. Rio de Janeiro: Booklink. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1992.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. ver. ampl. E atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

EROS GRAU, Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 5ª ed. Malheiros Editores: São Paulo. 1996.

GAVIÃO PINTO, Alexandre Guimarães. **Revista Emerj**, vol. 11, nº 2, 2008.

HERBELLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: Fundamentos Jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex Editora. 2008.

LAZZARINI, Álvaro. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30^a e 35^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005 e 2009.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Direito à Privacidade e os Sigilos Fiscal e Bancário. **Periódico Interesse Público**, nº 20, ano 5. Ed. Nota dez. Porto Alegre, 2003.

SADY, André. **Discrecionalidade Policial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Direito Administrativo em Geral**. 4^a ed. Porto: FDUP, 2001.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Discrecionalidade na Actuação Policial**. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUSA, Antônio Francisco de. **A Polícia no Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Reunião e Manifestações no Estado de Direito**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.